Cash Pools – eine rechtliche Gratwanderung

Dr. iur. Markus Vischer, LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss AG (Zürich)

Gut eingerichtete Cash Pools haben viele Vorteile. Sie sind spätestens seit dem Swisscargo-Entscheid aber auch unter Druck geraten und mit vielen rechtlichen Unsicherheiten behaftet, die durch die COVID-19-Krise noch verschärft wurden.

Begriff

Der Begriff Cash Pool bezeichnet einen konzerninternen Liquiditätsausgleich durch ein zentrales, von einer Konzerngesellschaft übernommenes Liquiditätsmanagement, das den Konzernunternehmen überschüssige Liquidität entzieht und Liquiditätsunterdeckungen durch Darlehen ausgleicht. Der Liquiditätsausgleich kann entweder physisch (z.B. i.S. eines *zero balancing*) oder fiktiv (i.S. eines *notional cash pooling*) erfolgen und geschieht meist unter Mithilfe einer Bank.

Ein gut eingerichteter Cash Pool hat viele wirtschaftliche Vorteile. Er erlaubt ein konzernweites effizientes Liquiditätsmanagement, mit welchem überschüssige Liquidität im Konzern zwecks Ertragsoptimierung schnell konzentriert, aber zur Deckung von Liquiditätsbedarf bei einzelnen Konzerngesellschaften auch schnell wieder verteilt werden kann.

Das Bundesgericht steht sowohl Upstream- als auch Sidestream-Darlehen skeptisch gegenüber und verlangt, dass solche Liquiditätsausleihen durch freies Eigenkapital der Schweizer Gesellschaft unterlegt sein müssen.

Rechtliche Unsicherheiten

Durch den Swisscargo-Entscheid des Bundesgerichts im Jahr 2014 (BGE 140 III 533) sind Cash Pools rechtlich unter Druck geraten, v.a. auch, weil aus dem Urteil nicht klar wird, was nun genau die rechtlichen Anforderungen an einen zulässigen Cash Pool sind. Klar ist nur, dass das Bundesgericht unbesicherten Liquiditätsausleihen von Schweizer Gesellschaften an die Muttergesellschaft *(upstream)* bzw. an andere Konzerngesellschaften *(sidestream)* skeptisch gegenübersteht und deswegen im genannten Entscheid verlangte, dass solche Liquiditätsausleihen durch freies Eigenkapital der Schweizer Gesellschaft unterlegt sein müssen. Die ExpertSuisse versuchte, mittels eines Q&A (letzte Version aus dem Jahr 2016) Rechtssicherheit für die ihr angeschlossenen Revisionsgesellschaften und andere Interessierte zu schaffen, was aber nur beschränkt gelang. Die Rechtsunsicherheit beschlägt nicht nur die Anforderungen an einen zulässigen Cash Pool, sondern auch damit zusammenhängende Fragen, wie insbesondere die Frage nach der zivil- und strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verwaltungsratsmitglieder und sonstiger Organe, die einen Cash Pool aufsetzen bzw. ihn «leben».

Die COVID-19-Krise mit dem Motto «Cash is King» verschärfte die offenen Fragen um die Zulässigkeit von Cash Pools, vor allem auch in Bezug auf die Verantwortlichkeit ihrer Repräsentanten. Zur sich dadurch vergrössernden Rechtsunsicherheit trägt überdies bei, dass nach wie vor nicht restlos klar ist, wie COVID-19-Kredite die Rahmenbedingungen von Cash Pools verändern.

Schlussfolgerungen

In dieser Situation sind sämtliche Cash Pools unter Beteiligung von Schweizer Gesellschaften auf ihre rechtliche Zulässigkeit zu überprüfen. Es ist ein rechtlich konservativer Ansatz zu wählen, wobei auch die Revisionsstelle einzubeziehen ist. Es mag richtig sein, ein gewisses lokales Liquiditätspolster ausserhalb des Cash Pools zu schaffen. Wichtig ist auf alle Fälle die schriftliche Dokumentation der bei der Überprüfung angestellten Überlegungen und der erzielten Ergebnisse mittels Verträgen.

Zum Autor

Dr. iur. Markus Vischer ist Partner bei der Walder Wyss AG. Die Schwerpunkte seiner Tätigkeit liegen in den Bereichen M&A-, Private Equity- und Venture Capital-Transaktionen, Unternehmensumstrukturierungen sowie Handels- und Gesellschaftsrecht, inkl. Arbeitsrecht und Immobilienrecht.